



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.779 - SP (2014/0266268-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
ADVOGADO : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO APARECIDO DOS SANTOS JUNIOR (PRESO)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (LEI N. 11.343/2006, ART. 33). APREENSÃO DE 44,4G DE MACONHA. PENA FIXADA EM 1 (UM) ANO E 11 (ONZE) MESES DE RECLUSÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO (STF, HC N. 111.840). *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido "sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder" (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, "de ofício, ordem de *habeas corpus*, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal" (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de "ilegalidade ou abuso de poder" no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Rel. Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Para o Supremo Tribunal Federal, "se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado" (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 111.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli). Consequentemente, se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014; HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014).

03. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 4 (quatro) anos não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

04. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício, para estabelecer o regime aberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido e conceder "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 02 de junho de 2015(Data do Julgamento)

Ministro NEWTON TRISOTTO
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.779 - SP (2014/0266268-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO

ADVOGADO : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANTONIO APARECIDO DOS SANTOS JUNIOR (PRESO)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

ANTONIO APARECIDO DOS SANTOS JUNIOR foi denunciado por tráfico de drogas (Lei n. 11.343/2006, art. 33, *caput*, c/c art. 40, inc. VI).

Em 2/10/2013, sobreveio a sentença, da qual traslado, parcialmente, o seu dispositivo:

"Atendendo às circunstâncias do art. 59 do referido diploma legal, observo que o réu é primário e não ostenta maus antecedentes. Assim, irrelevantes as demais circunstâncias, fixo a pena-base no mínimo legal, cinco anos de reclusão, mais quinhentos dias-multa, em seu valor mínimo legal.

Não há circunstâncias agravantes e, porque fixada a pena no mínimo legal, nenhuma atenuante pode reduzi-la.

Presente a causa de aumento prevista no artigo 40, VI, da Lei 11.343/06, aumento em 1/6 a pena fixada, resultando cinco anos e dez meses de reclusão, mais quinhentos e oitenta e três dias-multa. De outro lado, o réu não tem antecedentes criminais e não há indícios de seu envolvimento com o crime organizado. Assim, reduzo a pena fixada em 1/2, nos termos do art. 33, § 4º, e 42, ambos da Lei nº 11.343/06, totalizando dois anos e onze meses de reclusão e duzentos e noventa e um dias-multa. Não é cabível redução maior em virtude da quantidade de entorpecente apreendida.

Inviável a substituição prevista no art. 44 do Código Penal, pois é medida insuficiente para a prevenção do abjeto comércio que se difunde e fomenta a delinquência no país, portanto, de acordo com a regra prevista no inciso III do referido diploma penal, sendo imperiosa a manutenção da pena privativa de liberdade.

Quanto ao regime inicial para cumprimento da pena, fixo o fechado, único compatível com a natureza do delito, equiparado a hediondo, cuja pena, por disposição expressa de lei, tem cumprimento inicial nesse regime fechado (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90).

Não é demais consignar que as nefastas circunstâncias e consequências que o crime de tráfico de entorpecentes causa à sociedade conclamam a fixação do regime mais gravoso, a fim de que se retire o infrator do convívio social, evitando que ele continue a exercer tais atividades ilícitas, viciando pessoas e destruindo famílias" (fl. 31).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu parcial provimento ao recurso do réu, para reduzir a pena para *"1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e pagamento de 194 dias-multa, mantida, no mais, por seus próprios fundamentos, a r. sentença"* (fls. 15/21).

Não se conformando com o acórdão, manejou, nesta Corte, o *habeas corpus* em análise, sustentando, em síntese, que: **a)** *"a Magistrada, ao fixar a pena-base, entendeu que as circunstâncias judiciais eram favoráveis ao apelante, fixando-a no mínimo"; b)* o réu preenche os requisitos necessários para o cumprimento da pena em regime prisional inicialmente aberto e para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; **c)** *"o paciente encontra-se preso há 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, ainda em regime fechado, sendo que, em menos de 8 (seis) meses, terá cumprido toda a reprimenda que lhe foi imposta, em regime mais gravoso do que determina a lei"* (fls. 01/09).

A liminar foi deferida para *"permitir que o paciente, se por outro motivo não estiver cumprindo outra pena em regime mais gravoso, aguarde, no regime semiaberto, o julgamento do mérito deste habeas corpus"* (fls. 54/57).

Prestadas as informações (fls. 83/94 e 102/130), manifestou-se o Ministério Público Federal pela concessão da ordem, de ofício (fls. 75/78).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 306.779 - SP (2014/0266268-9)

RELATOR : MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)

IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO

ADVOGADO : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANTONIO APARECIDO DOS SANTOS JUNIOR (PRESO)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC) (Relator):

01. Prescreve a Constituição da República que o *habeas corpus* será concedido “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder” (art. 5º, inc. LXVIII). O Código de Processo Penal impõe aos juízes e aos tribunais que expeçam, “de ofício, ordem de habeas corpus, quando, no curso de processo, verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal” (art. 654, § 2º).

Desses preceptivos infere-se que no *habeas corpus* devem ser conhecidas quaisquer questões de fato e de direito relacionadas a constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade individual de locomoção. Por isso, ainda que substitutivo do recurso expressamente previsto para a hipótese – como sucede no caso em exame –, é imprescindível que seja processado para perquirir a existência de “ilegalidade ou abuso de poder” no ato judicial impugnado (STF, HC 121.537, Min. Marco Aurélio, Primeira Turma; HC 111.670, Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma; STJ, HC 277.152, Min. Jorge Mussi, Quinta Turma; HC 275.352, Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma).

02. Reafirmo os fundamentos do voto inserto no acórdão relativo ao *Habeas Corpus* n. 298.792/SC, sintetizados na ementa a seguir parcialmente reproduzida:

"Para o Supremo Tribunal Federal, 'se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado'. À luz dessas premissas, declarou, incidentalmente, a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inconstitucionalidade do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (HC n. 97.256/RS, Rel. Ministro Ayres Brito) e do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (HC n. 118.840/ES, Rel. Ministro Dias Toffoli).

Se satisfeitos os pressupostos legais, aos réus condenados por crime de tráfico de drogas não podem ser negados o regime prisional aberto ou semiaberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (HC n. 306.980/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 18/11/2014 e HC 297.688/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 11/11/2014)" (o destaque não consta do original).

A ementa é autoexplicativa. Nada lhe é necessário acrescentar.

03. No crime de tráfico de drogas, o fato de as circunstâncias judiciais serem favoráveis ao réu e de a pena privativa de liberdade aplicada ser inferior a 4 (quatro) anos, não lhe assegura, por si só, o direito de cumpri-la em regime aberto. Dependendo da natureza e/ou da quantidade da droga com ele apreendida, poderá ser imposto regime mais gravoso (Lei n. 11.343/2006, art. 42; STJ, AgRg no AREsp 202.564/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 10/02/2015; AgRg no REsp 1.462.967/SC, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 05/02/2015).

Com o réu, condenado à pena de 1 (um) ano e 11 (onze) meses de reclusão, foram apreendidos 44,4g de maconha (fl. 20).

Nesse contexto, tenho que se encontram presentes os pressupostos legais que conferem direito ao cumprimento inicial da pena em regime aberto.

Transcrevo ementas de acórdãos que, *mutatis mutandis*, respaldam essa solução:

"1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n. 111.840/ES, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade do regime inicial fechado aos condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar o disposto no art. 33, c/c o art. 59, ambos do Código Penal.

3. A Suprema Corte, no HC n. 97.256/RS, também passou a admitir a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. Na hipótese, o Tribunal de origem, após fixar a pena definitiva em 2 anos e 6 meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas, determinou o cumprimento da reprimenda em regime inicial fechado, exclusivamente "por se tratar de crime equiparado a hediondo", valendo-se da mesma fundamentação para vedar ao paciente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em manifesto descompasso com as decisões pretorianas.

5. A primariedade, os bons antecedentes e o quantum da pena aplicada, aliados à quantidade e à natureza do entorpecente apreendida - 168,2g de haxixe -, recomendam o estabelecimento do regime aberto para o início da expiação, bem como a substituição pretendida.

6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime aberto para o cumprimento da pena, bem como substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções" (HC 294.400/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 28/04/2015).

"1. O prazo para interposição de agravo previsto no artigo 28 da Lei 8.038/90 é de 5 dias, não tendo sido alterado pela superveniência da Lei 8.950/94. Precedentes desta Corte e enunciado 699 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

2. Por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no ARE 639.846/SP, o STF confirmou o entendimento de que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.322/2010, o prazo para interposição do agravo em matéria penal permanece em cinco dias, mantendo o entendimento fixado no enunciado 699 da Súmula daquela Corte.

3. Não obstante a impossibilidade de conhecimento do recurso de agravo, constata-se a existência de ilegalidade patente no aresto de segundo grau, passível de correção pela via do habeas corpus a ser concedido de ofício.

4. Tendo em vista o quantum de pena fixado para o acusado, no importe de 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, com a pena-base no mínimo legal, e a pequena quantidade do droga apreendida, não há empecilho à fixação do regime inicial para cumprimento de pena aberto, tampouco à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício" (AgRg no AREsp 601.000/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 25/11/2014).

04. À vista do exposto, **não conheço** do habeas corpus. De **ofício, concedo** a ordem para estabelecer o regime aberto para o cumprimento inicial da pena privativa de liberdade.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2014/0266268-9

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 306.779 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 11192013 30028580720138260451

EM MESA

JULGADO: 02/06/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEWTON TRISOTTO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SC)**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretário

Bel. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
ADVOGADO : MARCELO LUIZ BORRASCA FELISBERTO
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANTONIO APARECIDO DOS SANTOS JUNIOR (PRESO)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido e concedeu "Habeas Corpus" de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Gurgel de Faria e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.